

'Met de kennis van nu...' (deel II)

Over FII 2, gewezen arresten en wat mogelijk nog volgt

Dr. mr. E. Nijkeuter¹ en mr. M.F. de Wilde²

1 Inleiding

Op 13 november 2012 heeft het Hof van Justitie van de Europese Unie (HvJ) voor de tweede keer arrest gewezen in de zaak *Test Claimants in the FII Group Litigation* ('FII 2').³ In deel 1 van onze bijdrage hebben wij dit arrest nader geanalyseerd. Uit FII 2 blijkt dat generiek werkende fiscale maatregelen in derdelandsituaties onder de werking van de kapitaalverkeersvrijheid vallen en daarmee materieel op hun (on)verenigbaarheid met deze vrijheid kunnen worden getoetst. Het HvJ is daarmee een andere weg in geslagen, dan die de Hoge Raad in enkele arresten heeft gevolgd.⁴ Achteraf bezien had de Hoge Raad de aan hem voorgelegde derdelandsituaties inhoudelijk op unierechtelijke merites moeten toetsen. Hij kon, zo blijkt nu, niet volstaan met de overweging dat de vrijheden niet gelden voor aandeelhouders met een zeggenschapsbelang in een derdelandsituatie. En nu? Wat zijn de implicaties? Naar onze indruk heeft FII 2 effecten voor zowel de fiscale rechtstoepassing in het verleden als die in de toekomst.

2 Aangelegenheden uit het verleden: gedane zaken...

2.1 Doorbreking formele rechtskracht is uitzondering

Gedane zaken nemen geen keer. In beginsel ook niet in het Europees belastingrecht. In Nederland worden onherroepelijk vaststaande uitspraken van de fiscale rechter in beginsel niet teruggedraaid. Hetzelfde geldt voor soortgelijke besluiten, zoals onherroepelijk vaststaande belastingaanslagen waartegen geen of geen uitputtende rechtsmiddelen zijn aangewend. Deze uitspraken en besluiten zijn als regel rechtens onaantastbaar. Dit geldt zowel voor de fiscale als voor de alternatieve aanvullende civiele procesgang. Deze benadering volgt uit het Nederlandse procesrechtelijke leerstuk van de formele rechtskracht, een uiting van het rechtszekerheidsbeginsel. De onaantastbaarheid van vaststaande uitspraken en besluiten geldt in beginsel ook waar het de uitlegging en toepassing van de verkeersvrijheden betreft. Omdat formeel Unierecht thans niet bestaat, zijn EU-lidstaten autonoom in de inrichting en vormgeving van hun formele recht. Nationale procesautonomie is het uitgangspunt. Het leerstuk van de formele rechtskracht geldt daarmee ook wanneer de

¹ Erasmus Universiteit Rotterdam (EUR), KPMG Meijburg & Co te Arnhem. E-mail: nijkeuter@law.eur.nl.

² Erasmus Universiteit Rotterdam, Loyens & Loeff NV te Rotterdam. E-mail: dewilde@law.eur.nl. Dit artikel maakt deel uit van het facultaire onderzoeksprogramma van de EUR getiteld 'Fiscale autonomie en haar grenzen'.

³ HvJ zaak C-35/11 (*Test Claimants in the FII Group Litigation – FII 2*). Zie hierover S.C.W. Douma, 'Vrij kapitaalverkeer na FII(2)', NTFR 2012/2689 (Douma 2012).

⁴ Zie HR BNB 2006/254, BNB 2009/23-24, BNB 2009/216, BNB 2009/239, BNB 2009/261, BNB 2010/291-292, BNB 2011/162, BNB 2012/102, BNB 2012/197-198 en HR 5 oktober 2012, nr. 11/02956. Vgl. Besluit staatssecretaris van Financiën 9 februari 2004, nr. CPP2003/2240M, V-N 2004/13.14.

uitlegging van de vrijheden door de Hoge Raad achteraf bezien blijkt af te wijken van die van het HvJ.

Echter, uitzonderingen bestaan. Uit jurisprudentie van het HvJ vloeit voort dat het rechtszekerheidsbeginsel en de nationale procesautonomie weliswaar het uitgangspunt vormen, maar dat dit niet noodzakelijk betekent dat een nationaalrechtelijk leerstuk zoals dat van de formele rechtskracht niet op unierechtelijke gronden zou kunnen worden doorbroken.⁵ Doorbreking is mogelijk, zij het in uitzonderingssituaties. Bijvoorbeeld wanneer de procesregels van een EU-lidstaat effectieve toepassing van het Unierecht in een concrete situatie onmogelijk maken (effectiviteitsbeginsel).⁶ Voor de fiscaliteit betekent dit dat belastingen die EU-lidstaten om unierechtelijke redenen ten onrechte hebben geheven, in voorkomende gevallen aan betrokken belastingplichtigen moeten worden terugbetaald. De verplichting tot terugbetaling van onterecht geheven belasting is een unierechtelijke regel.⁷ Deze verplichting geldt niet alleen in aanhangige zaken,⁸ maar in voorkomende situaties ook als de formele belastingsschuld nationaalrechtelijk vaststaat.

Daarvoor moet echter wel een horde worden genomen. Deze verschilt afhankelijk van de vraag of betrokken belastingplichtige al dan niet uitputtend administratieve rechtsmiddelen heeft aangewend.⁹ Heeft hij dit niet gedaan, dan zal hij zich moeten wenden tot de burgerlijke rechter voor een vordering tot vergoeding van geleden belastingschade uit hoofde van de onrechtmatige overheidsdaad (par. 2.2).¹⁰ Dan moet wel eerst sprake zijn van een ‘kennelijke schending’ van het Unierecht. Heeft belastingplichtige wel uitputtend rechtsmiddelen aangewend, kan hij zich voor een restitutie van mogelijk onterecht geheven belasting wenden tot de inspecteur voor een herziening van zijn belastingaanslag (par. 2.3).¹¹

2.2 *Doorbreking bij niet-(uitputtende) aanwending rechtsmiddelen; kennelijke schending?*

Belastingplichtigen die destijds na de aanslagoplegging niet (uitputtend) rechtsmiddelen hebben aangewend zodat hun belastingaanslag onherroepelijk is komen vast te staan, komen niet in aanmerking voor een administratiefrechtelijke herkansing. De gang naar de

⁵ Zie HvJ-zaken C-224/01 (Köbler) en C-453/00 (Kühne & Heitz).

⁶ Zie HvJ-zaken 33/76 (Rewe) en 45/76 (Comet). Zie tevens Köbler, t.a.p. en Kühne & Heitz, t.a.p. Naast het doeltreffendheidsbeginsel wordt in dit verband doorgaans tevens gewezen op het gelijkwaardigheidsbeginsel. Procedurele regels voor vorderingen gebaseerd op unierechtelijke gronden mogen niet ongunstiger zijn dan die voor vorderingen gebaseerd op nationaal recht.

⁷ Zie HvJ-zaak C-62/00 (Marks & Spencer I).

⁸ Voor aanhangige zaken bij de HR betekent dit dat de uitspraak van het HvJ in FII 2, t.a.p., daarin onmiddellijk doorwerkt. Het HvJ legt uit hoe de vrijheden van meet af aan gelden, dus ook voor nog niet geformaliseerde betrekkingen ontstaan voor het wijzen van het betreffende arrest. Concreet betekent dit dat de Nederlandse belastingrechter in thans lopende zaken het kapitaalverkeer zal moeten toepassen ten aanzien van de generiek werkende fiscale maatregelen voor rechtzoekende belastingplichtigen met meerderheidsbelangen in derdelanden. Dit ondanks dat de HR deze aangelegenheden exclusief als vestighandeling aanmerkt. HR-jurisprudentie blijkt op dit punt sinds FII 2, t.a.p., onverbindend vanwege de supranationale werking van het Unierecht.

⁹ Overigens, opmerking verdient nog dat een afgeleide kwestie hierbij is de eventuele unierechtelijke verplichting van de betrokken EU-lidstaat om (al dan niet volledig) proceskosten te vergoeden. Dit, uiteraard, mocht belanghebbende zijn primaire vorderingen gegrond zien verklaard. Zover wij konden nagaan, heeft het HvJ zich hierover nog niet uitgelaten.

¹⁰ Eventuele alternatieve rechtsingangen, bijv. via een afwijzend zelfstandig schadebesluit, blijven onbesproken. Hetzelfde geldt voor het thans bij de Eerste Kamer voorliggende wetsvoorstel Nadeelcompensatie en schadevergoeding bij onrechtmatige besluiten (nr. 32621).

¹¹ Zie Kühne & Heitz, t.a.p.

belastingrechter is voor hen afgesloten. Dit geldt eveneens als uit latere jurisprudentie van het HvJ blijkt dat de belastingaanslag achteraf unierechtelijk bezien te hoog bleek.¹² Ook al bestonden destijds wellicht begrijpelijke redenen om geen rechtsmiddel aan te wenden. Belastingplichtige achtte succes kansloos, bijvoorbeeld vanwege de precedentwerking van bestendige jurisprudentie van de Hoge Raad in zijn nadeel. Jurisprudentie die, gelet op het andersluidende arrest van het HvJ in FII 2, achteraf bezien onjuist bleek.

De betrokken belastingplichtige die nu met FII 2 in de hand meent dat bij hem in het verleden onterecht belasting is geheven, zal zich moeten wenden tot de civiele rechter, in eerste aanleg de civiele sector van rechtbank Den Haag. Rechtsgrond voor terugbetaling van onterecht geheven belasting, de belastingschade, vormt dan de onrechtmatige overheidsdaad.¹³ Hiervan is sprake bij onrechtmatig onjuiste uitspraken van de belastingrechter die zo de belastingschade causaal veroorzaakt. De verjaringstermijn voor geldvorderingen op deze grond is vijf jaar. Heeft een dergelijke vordering wijzend op de van FII 2 afwijkende jurisprudentie van de Hoge Raad kans van slagen? Heeft de Hoge Raad een onrechtmatige daad begaan, omdat hij in het verleden geen prejudiciële vragen heeft gesteld?

Uit jurisprudentie van het HvJ blijkt dat schadeaansprakelijkheid van EU-lidstaten kan ontstaan door onrechtmatige rechtspraak van de hoogste nationale rechter.¹⁴ Onrechtmatige rechtspraak speelt bij kennelijke schendingen van het Unierecht waaruit de geleden schade rechtstreeks voortvloeit. Daarnaast heeft het HvJ eens geoordeeld dat de nationale hoogste rechter verplicht is prejudiciële vragen te stellen als de werking van het Unierecht in de voorliggende zaak niet evident duidelijk is (*acte clair*) of niet door het HvJ al feitelijk is beantwoord (*acte éclairé*).¹⁵ Het ten onrechte niet stellen of intrekken van een prejudiciële vraag beoordeelde het HvJ eens als een schending van deze verplichting. Van een kennelijke schending was bij de voorliggende onterechte intrekking van een vraag door de betrokken Oostenrijkse rechter echter geen sprake.¹⁶ Bovendien heeft het HvJ eens overwogen dat het

¹² Zie HR BNB 2008/40. Vgl. HR BNB 2004/118. Vgl. Besluit ambtshalve verminderen of teruggeven, 16 december 2010, nr. DGB2010/6799, § 5, waarin is opgenomen dat latere jurisprudentie, ook die van het HvJ, geen aanleiding geeft tot ambtshalve vermindering van een belastingbeschikking. Dit behoudens toepassing van Kühne & Heitz, t.a.p. Vgl. HR BNB 2012/22.

¹³ Art. 6:162 BW.

¹⁴ Zie Köbler, t.a.p., waarin het HvJ eerdere rechtspraak over staatsaansprakelijkheid voor gekwalificeerde schendingen van Unierecht door overheidsorganen uitbreidt tot de rechterlijke macht. Overigens ging het in Köbler om een justitiabele die eerst tot de hoogste administratieve rechter had geprocedeerd, daar ongelijk kreeg na intrekking door die rechter van gestelde prejudiciële vragen – achteraf ten onrechte – en vervolgens een civiele procedure startte o.b.v. onrechtmatige rechtspraak, die weer aanleiding gaf tot prejudiciële vragen. Hieruit is wel eens afgeleid dat ook voor het slagen van een civiele vordering eerst uitputtend administratieve rechtsmiddelen moeten zijn aangewend. Zie de conclusie van A-G Wattel, BNB 2012/22, waarin hij tot niet-ontvankelijkheid komt voor de civiele rechter bij niet-uitputtende aanwending eerst van administratieve rechtsmiddelen. Wij twijfelen. Het HvJ heeft weleens overwogen dat schadeplicht ook kan ontstaan bij het onbenut laten van een administratief rechtsmiddel (HvJ zaak C-524/04 – Thin Cap). Al heeft het ook anderszins overwogen (HvJ zaak C-432/05 – Unibet). Wij kunnen ons voorstellen dat de justitiabele uiteindelijk o.b.v. het doeltreffendheidsbeginsel civiel ontvankelijk zal blijken, maar dat hij zijn vordering bij niet-kennelijkheid van de schending ongegrond ziet verklaard (dan wel gegrond bij wel-kennelijkheid). Wel helder sinds Köbler is dat alleen de hoogste nationale rechter onrechtmatig kan rechtspreken. In zijn noot bij Köbler (BNB 2004/151) spreekt Wattel zijn vermoeden uit dat dit komt doordat lagere rechters niet verplicht zijn prejudiciële vragen te stellen. Bovendien staan tegen hun vonnissen rechtsmiddelen open. Daarnaast, aldus Wattel, zijn burgers gehouden schadebeperkende maatregelen te nemen, zoals het instellen van (hoger) beroep tegen uitspraken die zij onjuist achten.

¹⁵ Zie HvJ-zaak 283/81 (CILFIT). Dit o.b.v. art. 267 VWEU.

¹⁶ Zie Köbler, t.a.p.

onbenut laten van een administratief rechtsmiddel unierechtelijk niet aan het ontstaan van schadeplicht van een EU-lidstaat in de weg hoeft te staan.¹⁷ Hetzelfde HvJ heeft echter, opmerkelijk genoeg, over een justitiabele die de aangewezen administratieve route onbenut liet en zich direct wendde tot de nationale civiele rechter, ook wel eens overwogen dat hij daarmee eveneens zijn unierechtelijke aanspraken verspeelde.¹⁸ Dit gelet op de nationaalrechtelijk ontstane formele rechtskracht van betrokken beschikking.

Levert het niet stellen van prejudiciële vragen door de Hoge Raad over de reikwijdte van de kapitaalverkeersvrijheid in derdelandsituaties een ‘kennelijke’ schending van het Unierecht op? Vloeit eventueel geleden belastingschade hieruit rechtstreeks voort? Of heeft de belastingplichtige die de hem beschikbaar staande rechtsmiddelen destijds onbenut liet, zijn kansen op schadevergoeding, ook Unierechtelijk, verspeeld?¹⁹ Prikkelende rechtsvragen, die wat ons betreft ieder aanleiding zouden kunnen geven tot prejudiciële vragen.

Wij wagen ons hier niet aan een antwoord. De jurisprudentie van het HvJ hierover is ons te ambigu. Wel plaatsen wij de volgende kanttekeningen. Enerzijds zien wij in de discussies in de literatuur en de uiteenlopende rechtspraak binnen de EU aanleiding voor de opvatting dat de Hoge Raad vragen had moeten stellen. Dit wellicht nog meer nu de Hoge Raad aan zijn oordeel vasthield, ook na andersluidende Britse en Duitse rechtspraak. Pas nadat de Britse rechter het HvJ zijn prejudiciële vragen had voorgelegd in FII 2, zelfs nadat A-G Jääskinen in deze zaak concludeerde, keerde de Hoge Raad op zijn schreden terug.²⁰ Anderzijds zien wij ook in dat daarmee nog niet is gezegd dat, zou een schending aan de orde zijn, bovendien sprake zou zijn van een kennelijke schending die de formele rechtskracht kan doorbreken. Diverse commentatoren, en niet bepaald de minsten, meenden dat zelfs na de prejudiciële vragen in FII 2 de Hoge Raad op het juiste spoor zat.²¹ Achteraf oordelen is altijd makkelijk. Bovendien moet gezegd dat zelfs niet eens helder is of eigenlijk wel sprake is van belastingschade, veroorzaakt door de Hoge Raad. Ook met de kennis sinds FII 2 is immers geenszins zeker hoe de zaken waarin de Hoge Raad tot exclusieve toepassing van de vestigingsvrijheid kwam, uiteindelijk zouden zijn afgelopen. De Hoge Raad had weliswaar tot toetsing aan de kapitaalverkeersvrijheid moeten komen. Maar daarmee is nog niet gezegd dat in die zaken *dus* sprake was van strijdigheid met die vrijheid. Wellicht was de opgeworpen beperking wel (voldoende) gerechtvaardigd of was de vordering gestrand op de

¹⁷ Zie *Thin Cap*, t.a.p.

¹⁸ Zie *Unibet*, t.a.p.

¹⁹ Conclusie A-G Wattel, BNB 2012/22, meent van wel. Vgl. noot Wattel bij Köbler (BNB 2004/151): zo wordt “(...) elke belanghebbende [...] aangemoedigd dóór te procederen tot in hoogste instantie, want alleen aldus kan Köbler-aansprakelijkheid bij de vervolgens te adieren burgerlijke rechter gesteld worden”. De HR (belastingkamer), BNB 2012/22, laat het oordeel aan de burgerlijke rechter. NB Vgl. noot 14.

²⁰ Als gezegd, de HR stelt pas vragen na de conclusie van A-G Jääskinen in FII 2, t.a.p. Zie HR BNB 2012/197-198. Opmerking verdient dat A-G Wattel in zijn conclusie nog meent dat de benadering van de HR unierechtelijk valide is. Vgl. Marres in zijn noten bij BNB 2010/291-292 en BNB 2012/197-198. Bij BNB 2010/291-292 acht Marres ‘de problematiek inmiddels voldoende éclairé’. Bij BNB 2012/197-198 wijst hij erop dat de HR lijkt te zijn gaan twijfelen aan zijn eigen jurisprudentie. Smit heeft steeds getwijfeld; al in FED 2008/105 onderkent hij tegengestelde conclusies uit de stand van de HvJ-jurisprudentie op dat moment. NB Vgl. J.E.M. Polak, B.P.M. van Ravels, A.A. van Rossum, B.J. Schueler, M.K.G. Tjepkema, C. Waling en R.J.G.M. Widdershoven, ‘Overheidsaansprakelijkheid anno 2008: de stand van de rechtsontwikkeling’, *Overheid en Aansprakelijkheid*, april 2008, nr. 2A, p.101-126. Auteurs merken op p. 119 op dat bij een kennelijke schending “(...) kan worden gedacht [...] aan het niet prejudicieel verwijzen van een EG-rechtelijke vraag terwijl er onmiskenbaar niet sprake is van een acte clair of éclairé”.

²¹ Zie conclusie A-G Wattel, BNB 2012/197-198. Vgl. noten Marres hierbij en BNB 2010/291-292.

standstillbepaling²². We weten het niet zeker. Of had de Hoge Raad ook daarover prejudiciële vragen moeten stellen? Gelet op de grote rechtsonzekerheid hier neigen wij naar de positie dat de schending vanwege het niet stellen van prejudiciële vragen – zo die al kan worden geconstateerd – de Hoge Raad niet te zwaar moet worden aangerekend.²³ Het Unierecht is gewoon niet helder op dit punt.²⁴

2.3 *Doorbreking bij uitputtende aanwending rechtsmiddelen*

Analytisch verschillend is de kwestie waarbij betrokken belastingplichtige uitputtend, maar vergeefs, tot en met de Hoge Raad rechtsmiddelen heeft aangewend zonder dat in zijn zaak prejudiciële vragen zijn gesteld. Ook deze belastingplichtige is sinds FII 2 wellicht op zoek naar doorbreking van de formele rechtskracht van zijn belastingaanslag en naar restitutie van zijns inziens onterecht geheven belasting.²⁵ Het Unierecht biedt hem een andere route dan die hierboven omschreven.

Omdat de inspecteur naar Nederlands recht bevoegd is onjuiste belastingbeschikkingen uit het verleden te herzien,²⁶ is hij volgens het HvJ gehouden tot herziening over te gaan indien de betreffende beschikking achteraf op unierechtelijke gronden onjuist blijkt.²⁷ De betrokken belastingplichtige moet de inspecteur daar wel om verzoeken, zelfs onmiddellijk nadat hem dit recht duidelijk moet zijn geworden. Enigszins concreet betekent dit dat de belastingplichtige die eerder bij de Hoge Raad ongelijk kreeg vanaf de datum van het HvJ-arrest, 13 november 2012, enige maanden de tijd heeft zich bij de inspecteur te melden voor een correctie van zijn belastingaanslag.²⁸

Betekent dit dat alle ‘doorgeprocedeerde ongelijkkrijgers’²⁹ die met een van FII 2 afwijkend oordeel van de Hoge Raad naar huis zijn gestuurd nu de inspecteur succesvol om restitutie van belastinggeld kunnen vragen? Dat hangt ervan af. De inspecteur zal gehouden zijn de belastingbeschikking opnieuw te onderzoeken. In feite betekent dit dat hij de casus opnieuw moet beoordelen, maar dan met inachtneming van de overwegingen van het HvJ in FII 2. In de zaken waar de Hoge Raad tot exclusieve kwalificatie van de beweging als

²² Vgl. HR BNB 2006/254, BNB 2012/102 en BNB 2012/197-198. Vgl. tevens de conclusie van A-G Wattel, BNB 2012/197-198.

²³ Bovendien wordt in de omgekeerde situatie niet ten nadele van belastingplichtige op gedane zaken teruggekomen. Zie HR 14 december 2012, nr. 10/04489 (LJN: BU7264) en 10/02318 (LJN: BU7242). Nadat het HvJ in Van der Steen (C-355/06) in afwijking van de tot dat moment tegengestelde benadering van de HR besliste dat de dga in voorkomende gevallen geen ondernemer is voor de omzetbelasting, tracht de fiscus vervolgens de door betreffende dga's eerder in vooraftrek gebrachte btw na te heffen. Hierover oordeelt de HR dat de dga de – achteraf ten onrechte – afgetrokken btw mag houden. Het rechtszekerheidsbeginsel verzet zich tegen naheffing, aldus de HR. Zou, andersom, wel ten voordele van belastingplichtigen op het verleden worden teruggekomen, dan wordt het voor hen een ‘spel zonder nieten’.

²⁴ Vgl. Peter J. Wattel, ‘Köbler, CILFIT and Welthgrove: We Can’t Go On Meeting Like This’, *CMLR* 41: 177-190, 2004, p. 185-186 (Wattel 2004). Wattel gaat in op eventuele aansprakelijkstelling van de EU, vanwege onrechtmatige rechtspraak van het HvJ. Dit o.g.v. art. 340 VWEU.

²⁵ Zie Kühne & Heitz, t.a.p.

²⁶ Art. 65 AWR.

²⁷ Zie Kühne & Heitz, t.a.p. NB Art. 65 AWR kent geen herzieningstermijn. Wel refereert het Besluit ambtshalve verminderen, t.a.p., § 3, lid 2, aan een tijdsduur gelijk aan de navorderings-/heffingstermijn. Deze bindt de inspecteur echter niet, wat lijkt te impliceren dat ook onjuiste beschikkingen uit een verder verleden voor herziening in aanmerking komen.

²⁸ In Kühne & Heitz, t.a.p., had rechtzoekende enige maanden nodig. Dit bleek voldoende onmiddellijk.

²⁹ Gehanteerde term is vrij ontleend aan de noot van Wattel bij Köbler, BNB 2004/151.

vestigingshandeling kwam, zal de inspecteur nu tot toetsing aan het kapitaalverkeer moeten overgaan. Of dit vervolgens tot toekenning leidt van het verzoek van belastingplichtige, hangt af van de vervolgstappen in het te doorlopen toetsingsschema in verkeersvrijhedenaangelegenheden. Toegang tot de vrijheid van kapitaalverkeer betekent immers niet noodzakelijk dat de betreffende fiscale maatregel dus met deze vrijheid strijdig is. Wellicht geldt de standstillbepaling of een rechtvaardigingsgrond. De twijfel over de materiële rechtsgevolgen is overigens inhoudelijk van gelijke aard als die hierboven aangehaald als argument voor de 'niet-kennelijkheid' van de mogelijke schending van de 'niet-vragenstellende' Hoge Raad.

Interessant is vervolgens de vraag wat te doen indien de inspecteur bij nader inzien meent dat de casus weliswaar inderdaad binnen de werkingssfeer van de kapitaalverkeersvrijheid valt, maar hij het verzoek van belastingplichtige om vermindering niettemin alsnog afwijst, ditmaal op een andere grond. Bijvoorbeeld omdat hij meent dat de inperking nog steeds unierechtelijk in orde is, maar nu omdat de standstillbepaling geldt. Of hij meent dat de inperking gerechtvaardigd is, omdat hij het door belastingplichtige aangereikte feitenmateriaal niet op juistheid kan controleren, nu is geïnvesteerd in een derdeland waarmee Nederland geen administratieve bijstandsregeling is overeengekomen. In dat geval staat belastingplichtige alsnog met lege handen. En dan?

Tegen een ambtshalve beschikking van de inspecteur staan geen rechtsmiddelen open. Ook niet voor binnenlandse situaties. Verlangt het Unierecht nu, wijzend op het effectiviteitsbeginsel, heropening of buitenwettelijke creatie anderszins van een rechtsmiddel? Dit om (prejudiciële) beantwoording van bij herzieningsverzoeken opkomende unierechtelijke rechtsvragen mogelijk te maken? Wederom een prikkelende unierechtelijke rechtsvraag, waarop wij ons wederom niet aan een antwoord wagen. Al kunnen wij ons voorstellen dat het unierechtelijke effectiviteitsbeginsel de opening van een rechtsgang op dit punt zou blijken te kunnen forceren.³⁰ Ook wagen wij ons niet aan een oordeel over de (on)wenselijkheid van een dergelijk continuerende rondgang langs de diverse rechterlijke instanties die dit hele gebeuren zou opleveren.³¹ Wel bespreken wij in de volgende twee paragrafen welke uitspraken van de Hoge Raad na FII 2 kwetsbaar zouden kunnen blijken.

3 Arresten Hoge Raad bij outbound investeringen in meerderheidsbelangen: aantastbaar?

3.1 Aftrekbeperking deelnemingskosten, forfaitaire rendementsregeling en emigratieheffing

De Hoge Raad heeft zich diverse keren gebogen over de unierechtelijke houdbaarheid van fiscale maatregelen bij outbound investeringen door belastingplichtigen met

³⁰ Vgl. HR V-N 2012/51.9, waarin de HR wijzend op het doeltreffendheidsbeginsel het door het gerechtshof formeelrechtelijk geconstrueerde aanknopingspunt sanctioneert om een buiten Nederland gevestigde aandeelhouder de mogelijkheid te bieden dividendbelasting terug te krijgen die was geheven in strijd met de verdragsvrijheden.

³¹ Zie hierover Wattel 2004, t.a.p.

meerderheidsbelangen in lichamen in derdelandsituaties.³² Het gaat hier enerzijds om ‘Bosal spin-offzaken’ waarin rechtsvragen aan de orde zijn over de gemeenschapsrechtelijke (on)houdbaarheid van de voormalige aftrekbeperking voor deelnemingskosten, opgekomen na het beruchte Bosalarrest van het HvJ (par. 3.2).³³ Anderzijds gaat het om rechtsvragen over de toepassing van het aanmerkelijkbelangregime in de inkomstenbelasting, met name de forfaitaire rendementsregeling (par. 3.3) en de emigratieheffing (par. 3.4).

3.2 ‘Bosal spin-offzaken’ – exclusief vestiging

In de aangebrachte zaken over deelnemingskosten komt de kwestie over de toepasselijke vrijheid eerst veronderstellenderwijs aan de orde. De eerste zaak is *BNB 2006/254*. Het betreft een binnenlands vennootschapsbelastingplichtig lichaam dat deelnemingskosten maakt in verband met zijn niet-EU/EER-meerderheidsdeelnemingen. Rechtsvraag is of de destijds geldende aftrekbeperking hiervoor, analoog aan de overwegingen van het HvJ in Bosal voor intra-EG-situaties, strijdt met de kapitaalverkeersvrijheid. Niet in geschil in cassatie is, aldus de Hoge Raad, dat belastingplichtige materieel zijn kapitaalverkeer naar derdelanden ontmoedigd ziet. Ook is niet in geschil dat de deelnemingen directe investeringen betreffen. Dit laatste is overigens niet zo gek als wordt bedacht dat onder het pre-2007-deelnemingsvrijstellingsregime slechts sprake is van een deelneming als het aandelenbelang ‘niet ter belegging’ wordt gehouden; een uiting van de traditionele verlengstukgedachte. Zou belastingplichtige hebben betoogd dat van een directe investering geen sprake is – het zou om portfolio-investeringen zijn gegaan –, dan was de toepassing van de deelnemingsvrijstelling in de eerste plaats niet aan de orde geweest. Belastingplichtige lijkt hier argumentatief wat te hebben vastgezet.³⁴ Het standpunt dat het aandelenbelang niet ter belegging wordt gehouden en tegelijkertijd van een directe investering geen sprake is, lijkt ons conceptueel lastig verenigbaar. De Hoge Raad oordeelt dat als gemeenschapsrechtelijk sprake zou zijn van een kapitaalbeweging, de standstillbepaling aan gemeenschapsrechtelijke strijdigheid van de aftrekbeperking in de weg staat. Dit omdat de aftrekbeperking voor deelnemingskosten al voor 1 januari 1994 in de Wet op de vennootschapsbelasting 1969 stond.³⁵

Later, in *BNB 2009/24* oordeelt de Hoge Raad expliciet over de toepasselijke vrijheid bij meerderheidsbelangen.³⁶ Ook deze zaak betreft een binnenlands vennootschapsbelastingplichtig lichaam dat deelnemingskosten maakt in verband met niet-EU/EER-meerderheidsdeelnemingen. Verschil met *BNB 2006/254* is echter dat het hier gaat

³² Zie HR BNB 2006/254, BNB 2008/135, BNB 2009/23-24, 2009/94, BNB 2009/216, BNB 2009/239 en BNB 2010/292.

³³ In aftrek beperkt werden deelnemingskosten die niet middellijk dienstbaar zijn aan in Nederland belastbare winst (art. 13, lid 1 Wet Vpb (oud)). Het HvJ oordeelt deze aftrekbeperking in Bosal, t.a.p., strijdig met de verkeersvrijheden. Thans voorziet de Wet Vpb in een generieke aftrekbeperking voor bovenmatige deelnemingsrente (art. 13l Wet Vpb). Ook hier rijst de vraag naar de unierechtelijke (on)verenigbaarheid hiervan. Zie E. Nijkeuter en D.M. Brouwers, ‘Fictie op Fictie’, *NTFR* 2012/1683, p. 5 e.v.

³⁴ Of belastingplichtige had tevens moeten betogen dat de ‘niet-ter-beleggingseis’ eveneens onverenigbaar is met de verkeersvrijheden, omdat deze niet geldt in binnenlandse verhoudingen.

³⁵ Vgl. HR BNB 2009/216, waar de HR op dezelfde gronden tot toepassing komt van de standstillbepaling in een casus waar belastingplichtige geen aftrek kreeg voor gemaakte deelnemingskosten in verband met zijn Mexicaanse 48%-deelneming.

³⁶ Zie HR BNB 2009/24. Kritisch, S.C.W. Douma, ‘Valutaverlies op deelneming: aftrekbaar!’, *NTFR* 2008/2327.

om een valutaverlies op de opgenomen geldlening ter financiering van de deelneming. De aftrekbeperking voor dit type deelnemingskosten stond tussen 24 december 1996 en 1 januari 2004 in de Wet op de vennootschapsbelasting 1969. Opnieuw is de rechtsvraag of de aftrekbeperking, analoog aan de overwegingen van het HvJ in Bosal voor intra-EG-situaties, in strijd is met de kapitaalverkeersvrijheid. De Hoge Raad oordeelt dat deze vrijheid niet kan worden ingeroepen. Dit omdat bij investeringen in meerderheidsbelangen in vennootschappen in derdelanden, gelet op de beslissende invloed van de belastingplichtige aandeelhouder, exclusief sprake is van een vestigingshandeling. Deze laatste verdringt de kapitaalbeweging. Tussen de vrijheden in derdelandsituaties bestaat een rangorde of dwingende volgorde, aldus – vrij vertaald – de Hoge Raad.³⁷ De aftrekbeperking acht de Hoge Raad dan ook verenigbaar met het, destijds, gemeenschapsrecht.³⁸ In *BNB 2010/292* bevestigt de Hoge Raad zijn visie.³⁹

Zijn *BNB 2006/254* en *BNB 2009/24* vandaag, met FII 2 in de hand, aantastbaar? Wat die laatste betreft luidt het antwoord naar onze indruk bevestigend. Sinds FII 2 is duidelijk dat de Hoge Raad in *BNB 2009/24* de kapitaalverkeersvrijheid had moeten toepassen. Ook is duidelijk dat de Hoge Raad diezelfde dag over een niet-aftrekbaar valutaverlies op een geldlening ter financiering van een niet-EU/EER-minderheidsdeelneming oordeelde dat de standstillbepaling niet kon worden ingeroepen (in casu ging het zelfs om dezelfde niet-lidstaat, Tsjechië).⁴⁰ De aftrekbeperking voor zulke valutaverliezen was immers van na 31 december 1993. Analoog aan de overwegingen van het HvJ in Bosal kwam de Hoge Raad voor niet-EU/EER-minderheidsdeelnemingen daar tot strijdigheid van de aftrekbeperking met de kapitaalverkeersvrijheid. Wij zien eerlijk gezegd niet in waarom dit voor de belastingplichtige uit *BNB 2009/24* met zijn meerderheidsdeelnemingen thans anders zou zijn. Wij kunnen ons dan ook voorstellen dat hij zich tot de inspecteur kan wenden voor een ambtshalve vermindering van zijn aanslag vennootschapsbelasting over het betreffende belastingtijdvak.⁴¹ Overigens zou het voor de rechtsontwikkeling een interessante vraag zijn of het unierechtelijke effectiviteitsbeginsel vervolgens dwingt tot openstelling van een rechtsmiddel – als de inspecteur een eventueel verzoek zou afwijzen. Al begrijpen wij dat dit vooruitzicht voor de belastingplichtige wellicht een wat minder prettige is. *BNB 2006/254* ligt daarentegen anders. Die lijkt ons onaantastbaar, ook met de huidige kennis over de uitlegging van het Unierecht. Als de belastingplichtige in deze zaak om herziening zou vragen, strandt zijn vordering naar wij vermoeden alsnog, maar ditmaal op de standstillbepaling.⁴² Hetzelfde geldt overigens voor de belastingplichtige in *BNB 2010/292*.

³⁷ Vgl. HR *BNB 2009/216*, waar de HR bij samenlopende vrijheden tot dezelfde overwegingen komt. In zijn noot merkt Lubbers op dat de HR hierover, gelet op CILFIT, t.a.p., prejudiciële vragen had moeten stellen. Dit omdat het Duitse BFH eerder over de toepasselijke vrijheid bij samenloop tot een tegengestelde benadering komt dan de HR. Vgl. noot Nijkeuter, *NTFR 2009/777*.

³⁸ Deze benadering gaat niet op in de relatie met Turkije. In *BNB 2009/239* overweegt de HR dat Nederland de vestigingsvrijheid onder het Associatieverdrag EEG-Turkije (1970) niet mag belemmeren door een valutaverlies op een geldlening ter financiering van een 100% Turkse deelneming bij belastingplichtige niet in aftrek toe te laten.

³⁹ Wederom betrof het de aftrekbeperking voor deelnemingskosten in verband met niet-EU/EER-meerderheidsdeelnemingen.

⁴⁰ Zie HR *BNB 2009/23*. De HR ging overigens akkoord met saldering van positieve valutaresultaten en – krachtens gemeenschapsrecht aftrekbare – financieringskosten. Zie HR *BNB 2009/94*.

⁴¹ Cf. Douma 2012, t.a.p.

⁴² Vermeldenswaard is HR *BNB 2008/135*. Hier betrof het de gemeenschapsrechtelijke houdbaarheid van de aftrekbeperking voor deelnemingskosten in verband met middellijk gehouden niet-EU/EER-

3.3 Aanmerkelijkbelangregime IB (*forfaitaire rendementsregeling*) – exclusief vestiging

In de zaken over de forfaitaire rendementsregeling omzeilt de Hoge Raad aanvankelijk de vraag naar de toepasselijke vrijheid bij meerderheidsbelangen. Later volgt hij het expliciete oordeel hierover van het gerechtshof. De eerste zaak, *BNB* 2011/162, betreft een binnenlands inkomstenbelastingplichtige met een 100%-belang in een vennootschap gevestigd op Curaçao, waarvan de activiteiten bestaan uit het beleggen van vermogen. Belastingplichtige wordt in afwijking van het normaal gehanteerde reële stelsel belast voor een fictief rendement van 4% uit zijn aanmerkelijk belang in het ‘buitenlandse beleggingslichaam’.⁴³ Is Nederland unierechtelijk toegestaan reguliere voordelen uit aanmerkelijke belangen in beleggende buitenlandse vennootschappen forfaitair te belasten, terwijl dit in binnenlandse situaties alleen speelt waar het betrokken lichaam specifiek als een ‘vrijgestelde beleggingsinstelling’ is aangemerkt en voor het overige een reëel stelsel geldt? De Hoge Raad omzeilt het samenloopvraagstuk en beperkt zich tot het (sprong)cassatiemiddel. Hij overweegt dat de rechtbank juist heeft geoordeeld dat, als het kapitaalverkeer hier van toepassing zou zijn,⁴⁴ de litigieuze regeling is gesauveerd onder de standstillbepaling. Dit omdat deze regeling in grote lijnen al voor 1993 in de inkomstenbelastingwetgeving was opgenomen.⁴⁵ De tweede zaak betreft een gelijksoortige kwestie. Deze doet de Hoge Raad af onder artikel 81 RO.⁴⁶ Hij volgt het gerechtshof in zijn oordeel dat de regeling gemeenschapsrechtelijk in orde is. Het hof overweegt, in lijn met *BNB* 2009/24 en *BNB* 2010/292, dat in casu exclusief sprake is van een vestigingshandeling vanwege de beslissende invloed van de aandeelhouder. De kapitaalverkeersvrijheid kan niet worden ingeroepen, aldus het gerechtshof, wijzend op de verdringende werking hier. De veronderstelling is dan wel dat het kapitaalverkeer geldt bij intrakoninkrijksbewegingen. Opmerkelijk is dat de Hoge Raad de zaak hier afdoet met toepassing van artikel 81 RO, terwijl hij eerder, in een dividendbelastingzaak over een uitdeling aan een Antilliaanse aandeel-/certificaathouder, prejudiciële vragen stelde over de toepassing van de verdragsvrijheden (par. 4).

Is de benadering van de Hoge Raad hier, met de kennis van nu, aantastbaar? Wij beantwoorden deze vraag voor beide zaken (vooralsnog) ontkennend. Thans is duidelijk dat

meerderheidsdeelnemingen via EU/EER-tussenhoudsters. De HR overweegt, anders dan het hof, dat geen sprake was van een beperking van de vestigings- of kapitaalverkeersvrijheid ter zake van het hebben van deelnemingen in een andere lidstaat. Dit omdat de dan geldende wet geen onderscheid maakt tussen middellijk gehouden niet-EU-deelnemingen via Nederlandse of EU/EER-vennootschappen. De aftrekbeperking ontmoedigde de beslissing om een dochtervennootschap in een andere lidstaat op te richten dan ook niet, aldus de HR. De conclusie van A-G Wattel, *BNB* 2008/135, wijst tevens op *BNB* 2006/254.

⁴³ Art. 4.13, lid 1, onderdeel a, jo. 4.14 Wet IB 2001. Effectief leidt toepassing van de forfaitaire rendementsregeling in de grensoverschrijdende situatie tot een cashflownadeel. Dit in vergelijking met de binnenlandse situatie (niet-VBI). Bij een aanmerkelijk belang in een buitenlands beleggingslichaam leidt de regeling tot onmiddellijke aanmerkelijkbelangheffing. Bij een aanmerkelijk belang in een binnenlands beleggingslichaam (niet-VBI) kan de aanmerkelijkbelangheffing worden uitgesteld door het voordeel uit te stellen (‘deferral’). In feite is art. 4.14. Wet IB 2001 een bijzondere ‘anti-deferral’ maatregel, die internationaal ruimer werkt dan nationaal.

⁴⁴ De unierechtelijke status van bewegingen binnen het Europese en Caribische gedeelte van het Koninkrijk is thans voorwerp van prejudiciële vragen. Zie HR *BNB* 2012/197-198.

⁴⁵ Voorloper van art. 4.14 was art. 29a Wet IB 1964.

⁴⁶ HR 5 oktober 2012, nr. 11/02956, LJN: BX9108. Overigens is uit de gepubliceerde stukken niet op te maken wat de cassatiemiddelen zijn geweest.

de kapitaalverkeersvrijheid geldt bij meerderheidsbelangen in derdelandsituaties. Echter, thans rechtsonzeker is of het kapitaalverkeer ook kan worden ingeroepen bij kapitaalbewegingen tussen de landen binnen het koninkrijk. Hierover liggen prejudiciële vragen bij het HvJ (par. 4). Het is dus afwachten of het kapitaalverkeer in dit geval van toepassing is. Maar ook bij een bevestigend antwoord is de zaak niet rond. De Hoge Raad meent immers dat als de kapitaalverkeersvrijheid zou gelden, de standstillbepaling hier aan unierechtelijke onhoudbaarheid in de weg staat. Dit begrijpen wij niet. De standstill geldt alleen bij directe investeringen.⁴⁷ En daarvan is bij portfoliobeleggingen nu juist geen sprake. Wij begrijpen dan ook niet hoe er sprake kan zijn van een (actieve) directe investering in een feitencomplex waarop een regeling wordt toegepast die ziet op indirect gehouden (passieve) beleggingen. Dit lijkt ons tegenstrijdig, ondernemen en beleggen sluiten elkaar toch uit? Misschien geeft toekomstige jurisprudentie van het HvJ hierover nog eens uitsluitsel. Mocht ooit onomstotelijk komen vast te staan dat ter belegging gehouden aandelenbelangen buiten de reikwijdte van de standstillbepaling vallen, dan zou de forfaitaire rendementsregeling in haar huidige vorm naar onze mening unierechtelijk moeten sneuvelen.

3.4 Aanmerkelijkbelangregime IB (emigratieheffing) – exclusief vestiging

In een zaak over de emigratieheffing die is opgelegd aan een aanmerkelijkbelanghouder, *BNB* 2009/261, overweegt de Hoge Raad expliciet over de toepasselijke vrijheid bij meerderheidsbelangen. De lijn is dezelfde als hierboven uiteengezet bij de niet-aftrekbare deelnemingskosten. *BNB* 2009/261 betreft een binnenlands inkomstenbelastingplichtige die emigreert naar de Verenigde Staten om daar een dienstbetrekking uit te gaan oefenen bij een Amerikaanse dochtermaatschappij van haar huidige Nederlandse werkgever. Bij de emigratie houdt belastingplichtige een 100%-aandelenbelang in een Nederlandse vennootschap.⁴⁸ Deze houdt op zijn beurt een 4,6%-belang in voornoemde Nederlandse werkgever.⁴⁹ De emigratie leidt tot oplegging van een conserverende aanslag over de ongerealiseerde vermogenswinst in het 100%-belang van de belastingplichtige. Invordering is op verzoek van de belastingplichtige bij beschikking van de ontvanger uitgesteld, nadat zij de daarvoor verlangde zekerheid heeft gesteld. Voor de Hoge Raad is onder meer in geschil of de emigratieheffing strijdt met de kapitaalverkeersvrijheid.⁵⁰ Wijzend op *BNB* 2009/24 en het HvJ in N.⁵¹ oordeelt de Hoge Raad dat in casu exclusief sprake is van een vestigingshandeling. Dit vanwege de beslissende invloed van belastingplichtige over betrokken vennootschap en omdat het HvJ in N. de verhuizing van een binnenlands belastingplichtige vanuit Nederland naar het Verenigd Koninkrijk met een aanmerkelijk belang in een op Curaçao fiscaal gevestigde bv als vestigingshandeling aanmerkt. De activiteiten van de vennootschap acht de Hoge Raad voor zijn kwalificatie irrelevant.

⁴⁷ In *BNB* 2009/77 – het eindarrest in de zaak *Orange Small Cap* – beoordeelt de HR de participatie in een beleggingsinstelling niet als een directe investering “(...) omdat het participeren in een beleggingsinstelling in het algemeen niet is gericht op de vestiging of handhaving van duurzame en directe betrekkingen tussen de participant en de beleggingsinstelling”.

⁴⁸ Het belang houdt zij met haar mee-emigrerende echtgenoot.

⁴⁹ Wij hebben de indruk dat hier sprake is van een werknemersparticipatieregeling en een detachering.

⁵⁰ IBR-aspecten blijven onbesproken.

⁵¹ HvJ-zaak C-470/04 (N.).

Is *BNB* 2009/261 nu aantastbaar? Deze vraag kan naar onze indruk deels bevestigend en deels ontkennend worden beantwoord. Sinds FII 2 is duidelijk dat ook vestigingshandelingen kapitaalbewegingen zijn. De Hoge Raad had achteraf, zo lijkt ons, moeten overwegen dat in casu sprake is van kapitaalverkeer.⁵² Ook is duidelijk dat de standstillbepaling niet van toepassing is, nu de emigratieheffing in 1997 is geïntroduceerd. Verder blijkt uit N. dat de belastingheffing over de vermogenswinst kan worden gerechtvaardigd gelet op het territorialiteitsbeginsel, al moet uit proportionaliteitsoverwegingen wel rekening worden gehouden met waardeverminderingen na emigratie en mag bovendien geen zekerheid worden verlangd. Enerzijds is *BNB* 2009/261 daarmee mogelijk aantastbaar. Belastingplichtige heeft inzake haar aanslag inkomstenbelasting uitputtend rechtsmiddelen aangewend. Zij zou daarmee in aanmerking komen voor een ambtshalve teruggave als de conserverende aanslag ondertussen (deels) zou zijn ingevorderd. Dit, indien en voor zover de waarde van haar aanmerkelijk belang na emigratie is gedaald en zij binnen tien jaar na emigratie aandelen heeft vervreemd. Omdat de belastingplichtige op 1 mei 1999 is geëmigreerd, bestaat de kans dat de aanslag ondertussen door het verstrijken van de tienjaarstermijn buiten invordering is gesteld en er uiteindelijk nooit daadwerkelijk belasting is betaald. Anderzijds lijkt *BNB* 2009/261 onaantastbaar; dit wat betreft de zekerheidsstelling. Destijds heeft belastingplichtige geen rechtsmiddelen aangewend tegen de uitstelbeschikking, die daardoor formele rechtskracht kreeg. Een succesvolle actie voor de civiele rechter, achteraf, om de kosten voor de toenmalige zekerheidsstelling met rente terug te krijgen, lijkt ons niet aan de orde vanwege het ontbreken van een kennelijke schending van het Unierecht. Bovendien geldt voor een eventueel beroep op het plegen van een onrechtmatige daad een civielrechtelijke verjaringstermijn van vijf jaar.

4 *Arresten Hoge Raad bij inbound investeringen in meerderheidsbelangen: aantastbaar?*

De Hoge Raad heeft zich ook enige keren gebogen over de unierechtelijke houdbaarheid van fiscale maatregelen bij inbound investeringen door investeerders van buiten de EU/EER in meerderheidsbelangen in binnen Nederland gevestigde lichamen.⁵³ Deze jurisprudentie is recenter dan die hierboven uiteengezet (met uitzondering van die artikel 81 RO-zaak, die loopt er tussendoor). Aan de orde is de gemeenschapsrechtelijke houdbaarheid van de dividendbelasting bij uitdelingen aan meerderheidsaandeelhouders in deelnemingsverhoudingen buiten de EU/EER. Dit omdat vergelijkbare binnenlandse uitdelingen onbelast kunnen plaatsvinden.

In de aangebrachte zaken oordeelt de Hoge Raad eerst expliciet over de toepasselijke vrijheid bij meerderheidsbelangen. Zijn lijn correspondeert met die bij uitgaande

⁵² We twijfelen, omdat we de indruk hebben dat het motief voor de emigratie hier lijkt te liggen in de aanvaarding van de dienstbetrekking. Wellicht is daarmee sprake van werknemersverkeer. Had de emigratie om persoonlijke redenen plaatsgevonden, dan zou wellicht unierechtelijk sprake zijn van reizen en verblijven. Deze vrijheden hebben ook geen derdelandwerking, zodat opnieuw een samenloopvraagstuk rijst. Ditmaal tussen kapitaal en werknemersverkeer, of tussen kapitaalverkeer en reizen/verblijven. Mogelijk zou hier de causaliteitstoets moeten worden aangelegd om te bepalen op welke vrijheid 'hoofdzakelijk inbreuk' wordt gemaakt. Vgl. Bachmann, t.a.p. en Fidium, t.a.p.

⁵³ Wij wijzen op HR *BNB* 2010/291, *BNB* 2012/102 en *BNB* 2012/197-198.

investeringen door binnenlands belastingplichtige aandeelhouders. In *BNB* 2010/291 gaat het om een lichaam, gevestigd op de voormalige Nederlandse Antillen dat een dividend ontvangt uit zijn meerderheidsbelang in een binnen Nederland gevestigde kapitaalvennootschap. Rechtsvraag is of de ten laste van dit lichaam door deze vennootschap ingehouden en afgedragen dividendbelasting strijdt met de kapitaalverkeersvrijheid. Dit nu een equivalente binnenlandse dividenduitdeling zonder dividendbelastingheffing plaatsvindt. De Hoge Raad wijst net als in *BNB* 2009/24 en *BNB* 2010/292 op de beslissende invloed van de, in casu, Antilliaanse aandeelhouder en overweegt dat de beweging daarom exclusief als vestigingshandeling kwalificeert. Ook de kapitaalverkeersvrijheid kan, gelet op de verdringende werking hier, niet worden ingeroepen. Dit, veronderstellend dat het kapitaalverkeer in de eerste plaats toepasselijk is op dividenduitdelingen binnen het Koninkrijk tussen het Europese en Caribische gedeelte.⁵⁴ De dividendbelasting oordeelt de Hoge Raad dan ook verenigbaar met het gemeenschapsrecht.

Later, wij komen aan bij de huidige stand van de jurisprudentie van de Hoge Raad, wordt hij voorzichtiger. *BNB* 2012/102 betreft de gemeenschapsrechtelijke (on)verenigbaarheid van een belaste dividenduitdeling door een Nederlandse tussenhoudstermaatschappij van een internationale operationele groep aan zijn 100% Canadese aandeelhouder. Refererend aan de dan aanhangige Britse prejudiciële vragen in FII 2 en zijn eigen eerdere jurisprudentie, oordeelt de Hoge Raad, dat mocht het kapitaalverkeer toch toepasselijk blijken, de dividendbelastingheffing nog steeds verenigbaar is met het kapitaalverkeer. Dit vanwege de standstillbepaling, nu de 100%-deelneming van de in casu Canadese aandeelhouder een directe investering betreft en de dividendbelasting al bestond op 31 december 1993. Kort daarna, het betreft deze keer uitdelingen aan een Antilliaanse 100%-certificaathouder (*BNB* 2012/197) dan wel 100%-aandeelhouder (*BNB* 2012/198), wijst de Hoge Raad wederom op zijn jurisprudentie over de verdringende werking van de verdragsvrijheden en de Britse vragen. De Hoge Raad stelt niettemin prejudiciële vragen over de unierechtelijke status van intrakoninkrijkdividenduitdelingen, eventuele toepasselijkheid van de kapitaalverkeersvrijheid en mogelijke gelding van de standstillbepaling.⁵⁵ Dit laatste omdat de BRK tussendoor is gewijzigd.⁵⁶

Zijn *BNB* 2012/102 en *BNB* 2010/291 thans aan te tasten? Wat betreft *BNB* 2012/102 denken wij van niet. De Hoge Raad neemt een voorschot op FII 2 en oordeelt dat bij toepasselijkheid van de kapitaalverkeersvrijheid de standstillbepaling geldt. Dit is begrijpelijk.

⁵⁴ Zie noot 44.

⁵⁵ Conclusie A-G Wattel, *BNB* 2012/197-198, acht prejudiciële vragen onnodig. Hij meent dat de benadering van de HR overeenstemt met bestendige jurisprudentie van het HvJ. FII 2, t.a.p., hoeft zijns inziens niet te worden afgewacht.

⁵⁶ Enerzijds zijn de bronbelastingtarieven verhoogd, anderzijds is de Antilliaanse belastingwetgeving gewijzigd. ‘Overall’ is de gecombineerde effectieve druk steeds vergelijkbaar gebleven. De HR vraagt het HvJ hoe hiermee unierechtelijk om te gaan. Zie hierover M.J.C. Pieterse, ‘Dividendbelasting, Nederlandse Antillen en de werking van de standstill-bepaling’, *WFR* 2012/1575. Zie ook E. Nijkeuter, *Belastingheffing van dividend en de interne markt*, Sdu, Den Haag 2011, par. 7.4.1, waarin is opgemerkt dat een verdragswijziging geen ‘nieuwe’ belemmering zou moeten kunnen zijn. Dit omdat belastingverdragen slechts heffingsbevoegdheden kunnen inperken en geen heffingsrechten creëren. De creatie van heffingsrechten vindt plaats in de nationale heffingswetten. Alleen deze (i.c. dividendbelasting) kunnen daarmee mogelijk belemmeren/discrimineren. In heffingswetten opgeworpen belemmeringen/discriminaties worden onder toepassing van een belastingverdrag, in kwantitatieve zin, hooguit groter of kleiner. Een verdrag kan zo bezien geen ‘nieuwe’ belemmering/discriminatie opleveren. Voor de BRK is dit wellicht anders omdat het een Rijkswet betreft.

De inhoudingsvrijstelling in de dividendbelasting in het litigieuze jaar (2005) verwijst naar het pre-2007-deelnemingsvrijstellingsregime.⁵⁷ In derdelandsituaties gold destijds de niet-ter-beleggingseis. Daarmee stuit de analyse op hetzelfde punt als hierboven uiteengezet bij *BNB* 2006/254 en *BNB* 2010/292. Wat betreft *BNB* 2010/291 twijfelen wij. Een herzieningsmogelijkheid daar gaat afhangen van de antwoorden van het HvJ op de vragen van de Hoge Raad in *BNB* 2012/197-198. Ook in *BNB* 2010/291 gaat het immers om een belaste dividenduitdeling aan een Antilliaanse aandeelhouder.

Wel verdient het opmerking dat wij ons kunnen voorstellen dat de standstill niet zal blijken te werken bij de Antilliaanse certificaathouder uit *BNB* 2012/197. Dit mocht toepassing van de kapitaalverkeersvrijheid bij dividendstromen tussen de landen van het Koninkrijk aan de orde zou komen. Certificaathouders hebben geen stemrecht en dus geen beslissende invloed op de onderliggende activiteiten. Wij kunnen ons voorstellen dat de investering van de certificaathouder moet worden aangemerkt als een portfolio-investering. Zonder zeggenschap immers geen instrument om de onderliggende ondernemingsactiviteiten te sturen.⁵⁸ De certificaathouder kan zijn vermogensrecht wat dat betreft niet duurzaam aanwenden voor zijn ondernemingsuitoefening. Wij kunnen ons ook voorstellen dat eventueel door de certificering moet worden heengekeken. Dit om mogelijk achterliggende ‘ultimate beneficial owner(s)’ te identificeren met de daadwerkelijke beslissende invloed en zijn/hun investeringsoogmerk (beleggen of ondernemen).⁵⁹ Wellicht komen economische voordelen en zeggenschap op een achterliggend niveau weer samen.

5 *Fiscale rechtstoepassing in de toekomst; rechtsvragen*

5.1 *Kwetsbare regelingen*

Zover wij het overzien, blijkt de materiële werkingssfeer van de verdragsvrijheden met de uitspraak van het HvJ in FII 2 substantieel ruimer dan aanvankelijk gedacht. Er is een deur opengezwaid naar een tot op heden fiscaal onontgonnen terrein. Het lijkt erop dat *alle* generiek werkende maatregelen in de Nederlandse directe belastingwetgeving binnen de reikwijdte van de verkeersvrijheden vallen, wanneer zij betrekking hebben op de belastingheffing over in- of outbound voordelen uit aandelenbelangen. Ook als het om belangen gaat die de aandeelhouder beslissende invloed bieden op de onderliggende activiteiten. Dit raakt de vennootschaps-, inkomsten- en dividendbelasting.

Wat betreft de vennootschapsbelasting denken wij – zonder te oordelen – aan de regimes van de deelnemingsvrijstelling, de deelnemingsverrekening en het aanmerkelijk belang voor buitenlands belastingplichtigen. Zo kwalificeren valutavertaalresultaten op deelnemingen sinds jaren fiscaal als deelnemingsvoordelen waarop de deelnemingsvrijstelling

⁵⁷ Art. 4 en 4a Wet div.bel 1965.

⁵⁸ Zie ook HvJ-zaak C-360/06 (Heinrich Bauer Verlag). Hier was sprake van een 100%-deelname van een Duitse vennootschap in het commanditaire kapitaal van een Spaanse Sociedad en Comandita. De Duitse fiscus betoogde dat geen sprake was van een vestigingshandeling, aangezien de commanditaire vennoot van het besluitvormingsproces in de Sociedad en Comandita is uitgesloten en bovendien geen vertegenwoordigingsbevoegdheid heeft.

⁵⁹ Dit is niettemin rechtsonzeker. Het HvJ lijkt een ‘doorkijkbenadering’ af te wijzen in zaak C-284/09 20 (Cie/Duitsland).

of -verrekening wordt toegepast.⁶⁰ Dit is unierechtelijk mogelijk kwetsbaar, gelet op de overwegingen van het HvJ in *Deutsche Shell*⁶¹; zeker voor ‘beleggingsdeelnemingen’. Die vallen volgens ons buiten de standstillbepaling vanwege het beleggingssoogmerk. De wetgever heeft in 2011 op de kwestie geanticipeerd met een ‘voorwaardelijke keuzeregeling’: de ‘tussenregeling’.⁶² Ook deze lijkt unierechtelijk kwetsbaar, gelet op de overwegingen van het HvJ in *Gielen*.⁶³ Ook denken wij aan de per 2012 geïntroduceerde aftrekbeperking voor bovenmatige deelnemingsrente. Daar telt het objectvrijgestelde buitenlandse ondernemingsvermogen niet mee voor de vaststelling van de vraag of sprake is van bovenmatige deelnemingsrente.⁶⁴ Onder omstandigheden lijkt de aftrekbeperking eerder van toepassing dan in binnenlandse situaties. Dit lijkt, ondanks de uiting hier van het territorialiteitsbeginsel, unierechtelijk kwetsbaar gelet op de overwegingen van A-G Mengozzi in de aanhangige HvJ-zaak *Argenta Spaarbank*.⁶⁵ Afwachten dus. Toepassing van het aanmerkelijkbelangregime leidt verder bij ter belegging gehouden aandelenbelangen in grensoverschrijdende situaties tot economisch dubbele heffing. Dit terwijl in de vennootschapsbelasting in binnenlandse verhoudingen effectief steeds economisch enkelvoudig wordt geheven. Economisch dubbele heffing, alleen in grensoverschrijdende situaties, is unierechtelijk kwetsbaar gezien bijvoorbeeld de overwegingen van het HvJ in *Aberdeen*.⁶⁶

Wat betreft de inkomstenbelasting denken wij in de eerste plaats aan de forfaitaire rendementsregeling in het aanmerkelijkbelangregime. De Hoge Raad heeft geoordeeld dat hier de standstillbepaling aan onverenigbaarheid met de kapitaalverkeersvrijheid in de weg staat (par. 3.3). Wij vragen ons, als gezegd, af of dit terecht is. De regeling geldt immers voor aanmerkelijke belangen in buiten Nederland gevestigde beleggende vennootschappen. Indirect en materieel lijkt de aanmerkelijkbelanghouder, wat ons betreft, daarmee zelf ook belegger. Althans, ondernemingsgewijze exploitatie van vermogensbestanddelen lijkt ons hier niet aan de orde. Wij zien niet goed in hoe bij beleggingen sprake kan zijn van een directe investering. Bij directe investeringen en daarmee de reikwijdte van de standstillbepaling gaat het immers om actieve grensoverschrijdende economische betrekkingen. Dit is bij beleggen nu juist niet aan de orde. In de tweede plaats denken wij aan de emigratieheffing. In derdelandsituaties lijkt het erop dat hierbij de kapitaalverkeersvrijheid geldt. Toepassing van de standstillbepaling is niet aan de orde, omdat de regeling sinds 1997 bestaat. Voor toekomstige gevallen zal dan, wat ons betreft, net als bij intra-EU-gevallen zonder

⁶⁰ HR *BNB* 1982/230.

⁶¹ HvJ-zaak C-293/06 (*Deutsche Shell*).

⁶² Art. 28b Wet Vpb 1969.

⁶³ HvJ-zaak C-440/08 (*Gielen*). Zie M.F. de Wilde en C. Wisman, ‘Tussenregeling valutaresultaten; Gooit *Gielen* roet in het eten?’, *NTFR* 2011-1646. Toegegeven, het HvJ suggereert later zelf een keuzeregeling in zaak C-371/10 (*National Grid*).

⁶⁴ Art. 13l, lid 7, Wet Vpb.

⁶⁵ Conclusie A-G Mengozzi, zaak C-350/11 (*Argenta Spaarbank*). Zie Nijkeuter/Brouwers, t.a.p., en O.C.R. Marres, *Deelnemingsrente*, *WFR* 2012/1426.

⁶⁶ HvJ-zaak C- 303/07 (*Aberdeen*). Na het verzoek hierom van de EC (IP/10/1252) is deze regeling per 1 januari 2012 aangepast. Deze ziet thans op als belegging gehouden aanmerkelijke belangen met de bedoeling inkomsten- of dividendbelasting bij een ander te ontgaan. De toekomst zal leren of de maatregel hiermee gerechtvaardigd is onder het Europese antimisbruikconcept, ontwikkeld door het HvJ in onder meer zaak C-196/04 (*Cadbury*). Zie in dit verband ook de infractieprocedure tegen Duitsland op art. 50d, abs. 3 EStG, *NTFR* 2010/1019.

zekerheidsstelling automatisch betalingsuitstel moeten worden verleend. Dit, althans, in gevallen waar is geëmigreerd naar landen waarmee Nederland een bijstandregeling is overeengekomen. Ook zal hier met waardeverminderingen na emigratie rekening moeten worden gehouden. Voor bestaande gevallen waar de conserverende aanslag onherroepelijk vaststaat en de belastingbetaling is uitgesteld, zal onder de kapitaalverkeersvrijheid naar onze opvatting de zekerheid per 13 november 2012, de dag waarop het HvJ FII 2 wees, moeten worden vrijgegeven. Net zoals dit voor intra-EU emigraties gebeurde per 11 maart 2004 naar aanleiding van het arrest van het HvJ die dag in Lasteyrie.⁶⁷ Dit omdat de zekerheidsstelling een doorlopende rechtsbetrekking betreft, die sinds FII 2 analoog aan Lasteyrie en N. thans unierechtelijk onhoudbaar blijkt. Daarnaast zal naar onze mening moeten worden toegestaan per genoemde datum de waarde van het aanmerkelijk belang in het economisch verkeer vast te stellen als ‘benchmark’, om vervolgens latere waardedalingen in aanmerking te kunnen nemen. Ook deze blijken immers sinds FII 2 analoog aan N. thans unierechtelijk noodzakelijk. Verdere terugwerking in de tijd, voorbij 13 november 2013, lijkt ons niet aan de orde vanwege de formele rechtskracht van betrokken conserverende aanslagen.

Bij de dividendbelasting denken wij eigenlijk aan iedere brutobelaste buitengrensoverschrijdende dividenduitdeling die niet in aanmerking komt voor een inhoudingsvrijstelling, teruggaafregeling of afdrachtsvermindering,⁶⁸ terwijl dit wel het geval is in binnenlandse of intra-EU-verhoudingen. Of waar in binnenlandse verhoudingen effectief tot een nettobelastingheffing wordt overgegaan die per saldo tot een lichtere belastingdruk leidt dan in de vergelijkbare internationale situatie. Bij per 31 december 1993 bestaande belemmeringen is naar onze indruk het investeringsmotief relevant. Als de aandeelhouder het belang als belegging houdt, speelt het feitencomplex buiten de reikwijdte van de standstillbepaling. Analytisch verschillend is de situatie waar het belang bijvoorbeeld als bedrijfsmiddel wordt gehouden. Dan is ons inziens sprake van een directe investering en daarmee mogelijk toepassing van de standstillbepaling. Wij zijn benieuwd. Deze afbakening zou interessante jurisprudentie kunnen opleveren. Vooral ook omdat de dividendbelasting in binnenlandse verhoudingen geen onderscheid maakt tussen actief of passief gehouden participaties.

5.2. *Vraag voor de toekomst: functie aandelenbelang?*

Genoemde fiscale regelingen zijn in voorkomende derdelandsituaties op inhoudelijke merites aan de kapitaalverkeersvrijheid toetsbaar, ongeacht de omvang van het aandelenbelang. Opmerking verdient wel dat de standstillbepaling geldt voor fiscale maatregelen die bestaan per 31 december 1993 bij directe investeringen. Deze bepaling geldt dus niet voor fiscale maatregelen bij portfoliobeleggingen en daarmee ons inziens niet bij meerderheidsbelangen in kapitaalvennootschappen die met een beleggingsoogmerk worden gehouden.⁶⁹ Ook moet

⁶⁷ Zie Brief Staatssecretaris van Financiën, 13 april 2004, nr. WDB 2004/188U, later wettelijk verankerd bij Wet OFM 2005 (nr. 29758). Zekerheidstellingen n.a.v. intra-EU emigraties van vóór 11 maart 2004 ter konden op verzoek van betrokken belastingplichtige(n) komen te vervallen.

⁶⁸ Respectievelijk art. 4, 10, 11 en 11a Wet div.bel. Overigens, thans aanhangig voor de HR is de rechtsvraag of de weigering om een Fins beleggingsfonds geheven dividendbelasting terug te geven onverenigbaar is met de kapitaalverkeersvrijheid. Betrokken hofuitspraak is Hof 's-Hertogenbosch, V-N 2012/21.21.

⁶⁹ Vgl. noot 26 in deel 1 van onze bijdrage.

gezegd dat in derdelandsituaties meer ruimte bestaat om unilateraal opgeworpen belemmeringen en discriminaties te rechtvaardigen, bijvoorbeeld op de grond ‘doeltreffendheid fiscale controles’ in situaties waar geen bijstandsregeling beschikbaar is om fiscale controles mogelijk te maken.⁷⁰

De toekomst zal uitwijzen of bij meerderheidsbelangen unilateraal opgeworpen verstoringen kunnen worden gesanctioneerd onder een van de rechtvaardigingsgronden (territorialiteitsbeginsel, misbruikbestrijding, doeltreffendheid fiscale controles) of de standstillbepaling. Wat die laatste betreft denken wij dat relevant zal blijken de rechtsvraag of het belang wordt gehouden met een beleggingsoogmerk (geen directe investering, geen standstill) of ten behoeve van de ondernemingsuitoefening (directe investering, dus standstill bij bestaande regelingen per ultimo 1993). Daarmee zal, vermoeden wij, meer druk komen op de kwalificatie van de kapitaalbeweging als directe investering, ook bij meerderheidsbelangen.

Wij merken tot slot nog op dat beslissende invloed slechts een middel is om een doel te bereiken, bijvoorbeeld ‘ondernemen’. De zeggenschap is immers het instrument waarmee onderliggende ondernemingsactiviteiten worden aangestuurd. Een 100%-belang vormt weliswaar een sterke aanwijzing voor de aanwezigheid van een directe investering. Daarvan hoeft echter niet noodzakelijk sprake te zijn. Ook via een 100%-aandelenbelang kan worden belegd. De forfaitaire rendementsregeling voor aanmerkelijkbelanghouders tracht heffingsuitstel mogelijkheden op dit punt zelfs te bestrijden. Bij een substantiële omvang van het belang lijkt het beleggingsoogmerk wellicht minder aannemelijk. Maar wij menen dat uit beslissende invloed niet het investeringsmotief kan worden gededuceerd. Vraag voor de toekomst is daarmee het (geobjectiveerde) oogmerk van de investeerder. Wat is de functie van het (aandelen)belang?

6 Afsluitende opmerkingen

Onlangs heeft het HvJ uitspraak gedaan in FII 2. De kapitaalverkeersvrijheid blijkt van toepassing bij meerderheidsbelangen in derdelandsituaties, wanneer de betrokken maatregel generiek van aard is. De Hoge Raad achtte tot op heden hier exclusief een vestigingshandeling aan de orde, vallend buiten de werkingssfeer van de vrijheden. De benadering van het HvJ verschilt van die van de Hoge Raad. Waar eerstgenoemde tegelijkertijd een vestigingshandeling en een kapitaalbeweging constateert, ziet de Hoge Raad slechts ruimte voor een exclusieve kwalificatie. Achteraf blijkt de benadering van de Hoge Raad unierechtelijk onjuist. Dit heeft gevolgen voor het verleden en de toekomst. Een ‘kennelijke schending’ door onrechtmatige rechtspraak lijkt ons niet aan de orde. Sommige ‘doorgeprocedeerde ongelijkkrijgers’, zoals die in *BNB* 2009/24, komen in aanmerking voor een ambtshalve vermindering. Voor anderen is het afwachten wat het HvJ antwoordt op vragen van de Hoge Raad in *BNB* 2012/197-198. Voor de toekomst geldt dat bestaande generiek werkende belastingwetgeving ook bij meerderheidsbelangen in derdelandsituaties op unierechtelijke merites kan worden getoetst. Een belangrijke rol lijkt daarbij weggelegd voor

⁷⁰ HvJ-zaken C-540/07 (*Cie/Italië*) C-101/05 (*Skatteverket v. A*), C-451/05 (*ELISA*), C-72/09 (*Rimbaud*) en *Haribo/Salinen*, t.a.p. Wel dient deze rechtvaardigingsgrond proportioneel en binnen het doel van de regeling te worden ingezet. Vgl. E. Nijkeuter, ‘Exchange of Information and the Free Movement of Capital between Member States and Third Countries’, *EC Tax Review* 2011/5.

de in derdelandsituaties ruimere rechtvaardigingsmogelijkheden en natuurlijk de standstillbepaling. Wat die laatste betreft, denken wij dat het investeringsmotief van de aandeelhouder relevant zal blijken. Houdt hij het belang ter belegging (geen standstill) of voor zijn ondernemingsuitoefening (eventueel standstill)? Maar dat is kennis van later...